führung zu verweisen sei, war der Sphäre meines Aufsatzes ganz und gar fremd. Nur Gensler hatte diese Untersuchung eingemischt, und dadurch den Standpunkt der früheren Verhandlung ganz verlassen.

XVII.

Beiträge zur Lehre vom Pfandrechte.

Von Herrn Dr. Müller, Privatdocenten in Gießen.

I.

Was hat der offerirende Pfandgläubiger zu zahlen.

Bekanntlich kann der nachstehende Pfandgläubiger sich gegen den vorstehenden sowohl, als gegen alle, welche in die Rechte des Creditors eingetreten sind, des juris offerendi bedienen. Ebenso ist es eine ausgemachte Sache, daß der, das pro offerendi exercirende, Pfandgläubiger nur dann an die Stelle des abzufindenden treten könne, wenn er diesen gänzlich befriedigt hat, weil das Pfandrecht auch selbst für den kleinsten Theil der Schuld ganz fortdauert. Daß er ihm mehr, wie die Pfandschuld und ihre Accessionen bezahlen müsse, scheint weder aus der Natur der Sache, noch aus einzelnen Gesetzen hervorzugehen. Wenn gleichwohl v. Wening-Ingenheim [1]) sagt: „in jedem Falle werde volle Befriedigung des „Gläubigers, so weit sich sein Pfandrecht und etwa auch das Retentionsrecht auf die Sache erstreckt, „nothwendig"; so dürfte diese Behauptung keinen hinreichenden Stützpunkt haben. Ihr steht im Gegentheile die c. unic.

---

1) Lehrbuch des gemeinen Civilrechts (3te Auflage) §. 181.

i. f. C. etiam ob chirogr. (8, 27) direct entgegen, in welcher verordnet ist:

„.... Jure enim contendis, *debitores* eam solam „pecuniam, cujus nomine ea pignora obligaverunt, „offerentes, audiri non oportere, nisi pro illa etiam „satisfecerint, quam mutuam simpliciter accepe„runt: *quod in secundo creditore* locum non ha„bet; *nec enim necessitas ei imponitur chirogra„pharium etiam debitum priori creditori of„ferre.*"

Es wird hier deutlich unterschieden zwischen Creditor und Debitor. Daß gegen Letzteren der Gläubiger noch das Retentionsrecht wegen solcher Forderungen ausüben kann, bezüglich welcher er nicht durch Pfand gesichert ist, unterliegt keinem Zweifel. Dagegen spricht wohl auch unsere Stelle so deutlich als möglich aus, daß der offerirende Pfandgläubiger sich um die simplen Forderungen nicht zu kümmern habe, und mit bezahlter Pfandschuld und dadurch geschehenem Vorrücken in die Stelle des Abgefundenen, das Retentionsrecht dem erlangten Pfandrechte weichen müsse. Sehr begreiflich, da überhaupt ein Retentionsrecht, nach erloschener Pfandschuld, weder gegen einen dritten Eigenthümer, noch gegen einen anderen Pfandgläubiger, ausgeübt werden kann.

II.

Auch dem Creditor potior steht das jus offerendi zu.

Noch jüngst hat Herr Oberappellationsgerichtsrath Zimmern bemerkt [2]), daß man mit Unrecht bisher die Frage: ob auch der bessere Pfandgläubiger sich gegen den schlech-

2) Zeitschrift für Civilrecht und Proceß von Prof. Dr. Linde, Marezoll und v. Wennig-Ingenheim, Bd. I. Hft. 1. S. 53. no. 4.

teren des juris offerendi bedienen könne? bejaht habe. Nur dem nachfolgenden Pfandgläubiger sei das jus offerendi gleichsam als Ersatz für seine ungünstige, und vom creditor potior ganz abhängige; Stellung gegeben. Dieses singulare dürfe aber als solches nicht ausgedehnt werden. Auch die Stelle des Paulus, durch welche man diese Ansicht beweisen wolle, sei ihr nicht günstig. Paulus sage:

„novissimus creditor priorem oblata pecunia, quo „possessio in eum transferatur, dimittere potest. „Sed et prior creditor secundum creditorem, *si* „*voluerit*, dimittere non prohibetur, *quamquam* „*ipse in pignore potior sit* [3]).

Beziehe man die Worte: „si voluerit" nicht auf den prior creditor, sondern auf den secundus creditor, was die Regeln der Sprache erforderten; so wäre vielmehr der Sinn der: „der letzte Gläubiger kann den ersten dimittiren, auch umgekehrt der erste den zweiten, wenn dieser will, obschon jener der bessere ist." Nähme man die Sache anders; so erhielten die Worte „si voluerit" keine Bedeutung, was doch den Regeln der Hermeneutik zuwider wäre.

So scharfsinnig diese Erklärung der Worte des Paulus ist; so dürfte sie doch nicht bestehen können, da sie den ganzen, jetzt in Frage stehenden, Satz seiner Bedeutung beraubt. Denn warum sollte Paulus noch besonders erwähnen, daß dem nichts entgegenstehe, wenn sich der nachstehende Pfandgläubiger von dem vorstehenden wolle abfinden lassen? Hat ja doch ein jeder die Befugniß, den Pfandgläubiger zu bezahlen, und von diesem die Abtretung von Foderung und Pfandrecht zu erlangen, wenn er über Beides mit ihm übereingekommen ist.

Noch mehr: der dritte Besitzer des Pfandes, wenn er ein bonae fidei possessor ist, kann nicht allein die actio hypothecaria durch Bezahlung der Pfandschuld vereiteln, son-

3) *Pauli* S. R. II, 13. §. 8.

dern auch wider Willen des Pfandgläubigers Cession des Pfandrechts verlangen. Der malae fidei possessor kann wenigstens die Pfandklage vereiteln durch Zahlung, wenn er auch Cession zu verlangen nicht berechtigt ist. Wie sollte wohl der potior creditor, wenn er besitzt (ein Fall, von welchem allein die Stelle des Paulus redet), weniger Rechte gegen den späteren Pfandgläubiger haben können, als diese? Was sollten ferner die Worte: „quamquam ipse in pignore potior sit"? — Geht man davon aus, daß auch Paulus die Fälle vor Augen hatte, in denen das jus offerendi, obgleich es zunächst vom creditor posterior zur Ausübung gebracht wird, auch dem creditor potior Nutzen bringen kann, und sonach auch diesem das jus offerendi einräumt, wenn er von demselben Gebrauch machen will, obgleich er sonst der Besserberechtigte ist; so erhält die ganze Stelle von Paulus Werth und Bedeutung.

Uebrigens gebe ich zu, daß die Stelle des Paulus nicht entscheidet, da sie für uns nicht von verbindender Kraft ist. Hiernach entsteht aber die Frage: ob nicht schon aus anderen Gründen dem creditor potior das jus offerendi zukomme?

Werfen wir einen Blick auf die Geschichte des Pfandrechts, so finden wir, daß, wo ursprünglich jemanden zur Sicherheit eine Sache sub fiducia mancipirt, oder ein pignus bestellt worden war, schon die Natur der Sache es mit sich brachte, daß das Object nur einem Gläubiger wahrhaft verpfändet seyn konnte. Aber auch das ältere Recht verordnet ausdrücklich, daß dann, wenn jemanden eine Sache als Hypothek gegeben werde, welche schon einmal einem Anderen verpfändet wäre, der zweite Pfandgläubiger nur insoweit Pfandrecht an der Sache haben soll, als diese noch nicht in der ersten Verpfändung begriffen wäre [4]. In dem Falle, daß

4) *Gajus* Libro singulari de formula hypothecaria. Qui res suas jam obligaverint, et alii secundo obligant creditori: *ut effugiant periculum*, *quod solent pati*, *qui saepius easdem res obligant*, praedicere solent, alii nulli rem

die Sache nun schon einem früheren in solidum verpfändet worden, könnte der zweite Gläubiger nur erst ein Pfandrecht erlangen, nach Befriedigung des ersten, d. h. das Pfandrecht des zweiten könnte nur unter der stillschweigenden Suspensivbedingung ertheilt seyn, wenn der erste Pfandgläubiger befriedigt wäre. Vor Existenz jener Bedingung hatte also der zweite Pfandgläubiger so gut als keine Deckung und Sicherheit, und hieraus erklärt es sich sehr gut, wie der zweite Gläubiger hintergangen werden, und es Gesetze geben konnte, welche es dem Debitor zur Pflicht machten, dem Gläubiger anzuzeigen, daß die Sache schon einem früheren verpfändet sei [5]).

Das spätere Recht erkannte zwar das Pfandrecht des nachstehenden, zweiten Gläubigers an; es gab ihm die hypothekarische Klage gegen Dritte, die Befugniß des Vorrückens, sowie Ansprüche auf das, was nach Befriedigung des ersten Pfandgläubigers verbleibe, mit voller Wirksamkeit stehen dagegen selbst im neuesten Rechte allein die Befugnisse eines wahren Pfandgläubigers dem creditor potior zu. Er hat die Befugniß, die actio hypothecaria gegen spätere Pfandgläubiger anzustellen; er kann allein veräußern, ohne daß der spätere irgend einen directen Einfluß, sei es befördernd oder

obligatam esse, quam forte Lucio Titio: *ut in id, quod excedit priorem obligationem, res sit obligata: ut sit pignori hypothecaeve id, quod pluris est; aut solidum, cum primo debito liberata res fuerit;* de quo videndum est, *utrum hoc ita se habeat, si et conveniat, an et si simpliciter convenerit de eo, quod excedit, ut sit hypothecae:* et *solida res inesse conventioni videtur, cum a primo creditore fuerit liberata, an ad hoc pars. Sed illud magis est, quod prius diximus.*

5) *Ulpianus* Libro II. ad Edictum. Sed et si quis rem alienam mihi pignori dedit, sciens prudensque, vel si quis alii obligatam mihi obligavit, *nec me de hoc certioraverit, eodem crimine plectetur.* Cf. fr. 36. D. de pign. act. (13, 7.), fr. 3. D. stellionatus (47, 20.).

hindernd, ansprechen kann. Durch die Veräußerung des creditor potior erlischt nicht nur sein Pfandrecht, sondern auch das der Uebrigen; so, daß dieses jetzt gerade so erfolglos ist, als wie im alten Rechte es eine zweite Verpfändung war, wenn die Sache in dem Augenblicke, wo das erste Pfandrecht aufhörte, nicht mehr in bonis des Verpfänders sich befand [6]).

Erwägt man alle diese Umstände; so wird es nicht schwer, in ihnen auch den Grund zu finden, aus welchem dem nachstehenden Pfandgläubiger das jus offerendi gegeben wurde. Es war dies gleichsam das einzige Mittel, durch welches der nachstehende Pfandgläubiger die ihm, vermöge seiner allerdings sehr ungünstigen, und vom vorhergehenden Creditor abhängigen Lage, drohenden Nachtheile von sich abzuwenden vermochte. Daraus folgt aber noch keineswegs, daß das jus offerendi ein singulare sei, und deswegen nur den späteren Pfandgläubigern zukomme. Eingeführt wurde es freilich nur zum Vortheile des späteren Pfandgläubigers; denn wozu hätte es der Frühere bedurft, da ihn sein Pfandrecht, die hypothecaria actio, und die, einem jeden dritten Besitzer des Pfands zustehenden Befugnisse vollkommen sicherten, so lange noch nicht der Grundsatz galt, daß ihm die actio hypothecaria denegirt werde, wenn er sich das jus offerendi nicht gefallen lasse? Aber warum soll das, zum Vortheile des späteren Pfandgläubigers eingeführte Recht dem Früheren nicht gegeben, diesem sogar weniger Recht, wie einem dritten Besitzer, gestattet werden, wenn er es wünscht und ihm vortheilhaft ist? Sonst pflegt doch der Mehrberechtigte nicht weniger Ansprüche zu haben, als der Minderberechtigte. Warum soll ihm von seinen ursprünglichen, in der Sache liegenden Befugnissen stillschweigend etwas entzogen seyn, selbst da, wo das rechtliche Interesse

6) Das hier Gesagte findet seine besondere Bestätigung in dem so oft mißverstandenen, und auch wohl für unerklärlich gehaltenen, fr. 9. §. 3. D. qui potior. in pign. (20, 4), welches weiter unten in n. III. noch näher erläutert werden soll!

des späteren völlig ungefährdet erscheint? Entzogen würde ihm aber gewiß, wenn ihm nicht mehr das Ablösungsrecht des dritten b. f. possessor zustände.

Vortheilhaft kann das jus offerendi dem creditor potior allerdings werden, wenn er nicht besitzt, mehrere Foderungen an den Pfandschuldner hat, und nur wegen der einen oder anderen durch Pfand gesichert ist. Kömmt der creditor potior in Besitz des Pfandobjects; so kann er das jus retentionis ausüben. Klagt er nun zu dem Ende gegen den creditor posterior; so kann dieser offeriren, und so fällt das Retentionsrecht des creditor potior fort. Uebt letzterer dagegen das jus offerendi aus; so kömmt er in Besitz des Pfandobjects und das Retentionsrecht ist ihm sicher.

Was aus der Natur der Sache gefolgert worden, scheint ein Rescript von Alexander nicht undeutlich zu bestätigen. Lesen wir nur c. 5. C. qui potior. in pign. (8, 18).

„Prior quidem creditor compelli non potest, tibi, „qui posteriori loco pignus accepisti, debitum of- „ferre; sed si tu illi id omne, quod debetur, sol- „veris, pignoris tui causa firmabitur."

Hiernach kann der prior creditor zwar zur Ausübung des juris offerendi selbst nicht gezwungen werden; allein er muß sich das jus offerendi vom nachstehenden Pfandgläubiger gefallen lassen. Wie hätte wohl der Kaiser so rescribiren gekonnt, wenn nicht in der That dem creditor prior das jus offerendi zukäme? Läge nicht ein Widerspruch in der Sache selbst, wenn der creditor potior sicher seyn sollte davor, daß er nicht gezwungen werden könnte, von dem jus offerendi Gebrauch zu machen, wenn ihm nicht selbst dieses Recht eingeräumt, und die Ausübung von seinem Willen abhängig gemacht wäre?

Das Gesagte möchte hinreichen, die bisher, meines Wissens, fast überall angenommene Meinung, daß auch dem

besser berechtigten Pfandgläubiger das jus offerendi zustehe, zu rechtfertigen! —

II.

Ueber die Verpfändung einer fremden Sache.

§. 1.

Die Lehre von der Verpfändung einer fremden Sache ist erst neulich wieder von Mayer [7]) dargestellt worden; und es läßt sich nicht verkennen, daß derselbe auf eine originelle Weise seine Aufgabe zu lösen versuchte [8]). Er stellt hauptsächlich folgende Grundsätze auf: die Verpfändung einer fremden Sache sei im Allgemeinen ungültig; doch erklären auch die Gesetze eine mit der actio Publiciana geschützte bonae fidei possessio für hinreichend, um dem Pfandrechte, den Befugnissen des Verpfänders gemäß, Kraft zu verleihen. Verpfände indessen ein Nichteigenthümer; so habe der Pfandberechtigte, d. h. der, welchem eine fremde Sache verpfändet worden, wenn gleich eigentlich kein Pfandrecht, doch eine dingliche Klage, welche er, wenn der Verpfänder später das Eigenthum der verpfändeten Sache erlangt habe, auf dem Wege der, in der aequitas gegründeten replica doli, gegen die ihm entgegengesetzte Einrede: „si res non aliena fuerit" durchsetzen könne. Wäre aber der Gläubiger im Besitze des Pfandes, und würde der Verpfänder von ihm das Pfand abfodern; so könnte er sich mit der exceptio doli schützen, welche eine replica doli ausschließe. Der Umstand, daß sich alles auf die exceptio doli reduzire, sei sehr erklärlich, weil die Gesetze [9]) sagten, daß das Pfandrecht, wenn der Verpfänder später Eigenthümer der verpfändeten Sache werde, nicht direct convalescire. Der Gegensatz von „directo con-

---

7) Archiv für civilist. Prax. Bd. IX. Hft 2. S. 246 fgg.

8) Vergl. Schrader in der Tübinger kritischen Zeitschrift für Rechtswissenschaft Bd. II. Hft. 1. S. 65.

9) Fr. 22 D. de pign. (20, 1.) c. 5. C. si aliena res (8, 16.).

valescere" und „utilis pigneratitia" bezeichne aber etwas ganz anderes, als den gewöhnlichen Unterschied zwischen actio directa et utilis. Selbst da, wo das Pfandrecht vom Anfange an vollgültig sei, stehe dem Gläubiger gewöhnlich keine actio directa, sondern nur eine quasi Serviana, eine ad exemplum ejus, s. g. utilis Serviana, zu. Dem Pfandberechtigten werde in unserem Falle die actio ordinaria abgesprochen, welche, vorausgesetzt, daß die verpfändete Sache dem Verpfänder gleich anfangs gehört hätte, nur die actio utilis Serviana wäre. Nur aus Billigkeit soll ihm eine dieser ähnliche gegeben werden. Die aequitas werde dem strengeren Rechte entgegengesetzt, und als Grundlage dessen angesehen, was das strenge Recht aufhebt, die Einrede. Durch diese könne der Pfandgläubiger jene aus Billigkeit gegebene dingliche Klage durchsetzen, und da gerade die exceptio doli es sei, welche allenthalben Platz greife, wo eine Rechtsverfolgung der aequitas widerspräche; so geschehe es durch die exceptio doli. Die pignoris persecutio sei demnach nichts als eine Verfolgung der Sache, welche vermittelst der exceptio doli wirksam werde.

§. 2.

Indessen wenn man vorläufig noch von allen, zur Begründung dieser Ansicht angeführten Gesetzen, absieht; so scheint dieselbe doch darum unhaltbar, erstens weil zur Gültigkeit des Pfandes vorausgesetzt wird, daß die verpfändete Sache in bonis des Verpfänders gewesen [10]. Selbst bei der Verpfändung durch den bonae fidei possessor entsteht kein eigentliches Pfandrecht. Wer kein Pfandrecht hat, dem steht auch keine Pfandklage zu. Nur zum Vortheile desjenigen, dem von einem b f. possessor ein Faustpfand bestellt worden ist, wird eine Serviana actio (nicht utilis

10) Fr. 23. D. de probat. (22, 3.), fr. 2. D. de pign. act. (13, 7.), c. 6. C. in aliena res (8, 16.).

Serviana) gegeben, die sich zur vindicatio pignoris verhält, wie die publiciana in rem actio zu der rei vindicatio [11]. Wo keine Klage Statt findet ist aber auch keine Einrede auf dieselbe möglich. Zweitens spricht der Umstand gegen jene Ansicht, daß die s. g. exceptio: „si res non aliena fuerit" keine Einrede im eigentlichen Sinne, sondern ein Abläugnen des Klagefundaments ist, und daher auch alle darauf, daß es eine Einrede sei, gebauten Schlüsse unhaltbar seyn müssen; ferner drittens, daß die exceptio doli generalis mit der exceptio doli specialis verwechselt ist, indem nur erstere sich auf die aequitas gründet, und jeder anderen exceptio in factum insoferne gleichstehet, daß sie keine replica doli ausschließt, wie dies wohl bei der exceptio doli specialis der Fall ist, welche sich auf einen Dolus im eigentlichen Sinne gründet. Endlich kann man jener Ansicht nicht beipflichten, weil die Natur der utilis pignoris persecutio verkannt ist.

Zur näheren Begründung des hier Gesagten erlaube man mir erst einige Vorbemerkungen.

§. 3.

Ursprünglich war den Faustpfandgläubigern die actio pignoratitia ertheilt, wenn das Pfandrecht vom Anfange an gültig war, und das Pfandobject sich im römischen Eigenthum des Schuldners befand. War aber dies nicht der Fall, sondern die Sache im natürlichen Eigenthum des Verpfänders; so griff die actio Serviana Platz. Statt dieser Klagen bediente sich der hypothekarische Gläubiger der actio Serviana, welche ursprünglich für einen Fall eingeführt wurde, später aber, analog auf alle Hypotheken ausgedehnt, den Namen quasi Serviana oder hypothecaria, sehr oft

11) Vergl. v. Grolmann und v. Löhr Magazin für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung Bd. III. S. 135. Not. 2.

aber auch *Serviana* actio (also ohne den Beisatz quasi) erhielt [12]).

Bekanntlich gibt es im röm. Rechte viele Fälle, in denen jemand, dem ein bestimmtes Recht der Strenge nach nicht zukömmt, doch der Billigkeit wegen vom Prätor so behandelt wird, als habe er ein solches Recht, indem ihm jener eine Klage auf diese Fiction hin ertheilt ad exemplum einer anderen. Diese Klage heißt dann actio fictitia, oder, was ganz gleichbedeutend, nur eine spätere Benennung ist, actio utilis [13]).

Wenden wir diesen Begriff von actio utilis auf die actio pigneratitia und Serviana an; so kann die utilis pigneratitia und utilis Serviana keine andere, als eine ad exemplum der pigneratitia und Serviana gegebene Klage seyn, die wohl demjenigen ertheilt wird, welcher zwar der Strenge nach nicht als Pfandgläubiger betrachtet werden kann, dennoch aber als solcher behandelt wird. — Demnach ist die quasi Serviana keinesweges eine Serviana utilis, d. h. eine ursprüngliche Serviana actio utiliter angewandt; vielmehr steht eine Serviana utilis ganz in dem nämlichen Verhältnisse zur quasi Serviana, wie die pigneratitia utilis zur pigneratitia actio [14]).

§. 4.

Fragt man nun nach der Bedeutung von pignoris persecutio; so mag man diese immer eine Verfolgung des Pfandrechtes nennen; allein der Hauptsache nach bezeichnet die persecutio eine Verfolgung des Rechts extra ordinem; denn

32) Ueber alles dieses hat weitläuftiger gehandelt und sehr gründlichen Beweis geliefert v. Löhr a. a. O.

13) *Gaj.* IV. 34 sqq. *Ulp.* XXVIII, 12. §. 4. *Just.* de fideicom. hered. (2, 23.). Schweppe Röm. Rechtsgeschichte und Rechtsalterthümer (2te Aufl.) S. 377. (§. 256).

14) v. Löhr a. a. O.

so hießen die Klagen, wenn statt des judicii ordinarii, wo nämlich der Magistrat einen judex ernannte, und diesem per formulam zeigte, wie er entscheiden sollte, die Verhandlung der Sache vor dem Magistrate selbst extra ordinem, also ohne Zuziehung eines judex vor sich ging, und jener selbst entschied [15]). Die Klage selbst, welche zur Verfolgung des Pfandrechts gegeben wurde, war eine dingliche, da uns ein Gesetz [16]) ausdrücklich sagt: „pignoris persecutio in rem parit actionem creditori". Was soll nun die utilis pignoris persecutio seyn, als eine utilis in rem actio zur Verfolgung des Pfandrechts? Diese ist aber keine andere, als die pigneratitia utilis; denn die pigneratitia actio ist ja, wie bereits oben bemerkt wurde, gerade dem Faustpfandgläubiger zum Schutze und Geltendmachung seines Rechtes gegeben, und eine dingliche Klage, welche niemals mit der aus dem Pfandcontracte entspringenden persönlichen Klage verwechselt werden darf.

§. 5.

Nach diesen Vorbemerkungen läßt sich nun die Frage sehr wohl beantworten: ob nicht unter Umständen jemanden, welcher der Strenge nach kein Pfandgläubiger ist, dennoch als solcher behandelt und ihm eine utilis pigneratitia und resp. eine utilis pignoris persecutio verstattet wird?

Soviel ist gewiß, daß da, wo jemanden etwas vom Nichteigenthümer verpfändet worden, das Pfandrecht auch dann, wenn der Verpfänder in der Folge Eigenthum erhält, oder von dem Eigenthümer beerbt wird, so wenig convales-

15) Actionis verbum et speciale est et generale; nam omnis actio dicitur sive in personam sive in rem sit petitio. Sed plerumque actiones personales solemus dicere, petitionis autem verbo in rem actiones significari videntur. *Persecutionis* verbo *extraordinarias* persecutiones puto contineri. Cf. fr. 178. §. 2. D. de V. S. (50, 16.)

16) Fr. 17. D. de pign. (20, 1.)

cirt, als der Erwerber von einem Nichteigenthümer durch den Eintritt ähnlicher Verhältnisse Eigenthümer wird. Demohngeachtet wird es aber niemand läugnen wollen, daß so, wie mit dem Rechte des Autors das Eigenthum, auch das Pfandrecht indirect zur Wirksamkeit gelange, und daß es sehr der Billigkeit entspricht (wenn auch nicht der Strenge des Rechtes), denjenigen, welcher ursprünglich vom Nichteigenthümer erworben, ebenso wie den, welchem vom Nichteigenthümer verpfändet worden, alsdann wie Eigenthümer und Pfandgläubiger zu behandeln, wenn deren Autor und resp. Verpfänder später Eigenthümer wird. Namentlich finden wir auch, daß dort die actio Publiciana und die exceptio rei venditae et traditae, wie hier die actio pigneratitia utilis gegeben wird. So wie die actio Publiciana und die exceptio rei venditae et traditae für einen Fall des in bonis eingeführt, jene aber bald auf alle Fälle des in bonis und der civilis possessio ausgedehnt, diese nach und nach zum Schutze des Erwerbs im Allgemeinen gegeben wurde; ebenso mußte die für den Fall, wenn die verpfändete Sache nur im rechtlichen Besitze des Verpfänders gewesen, unter dem Namen actio Serviana ertheilte Klage nach und nach eine weitere Ausdehnung erleiden. Dies bestätigt sich namentlich wenn wir vergleichen, was Papinian, Paulus und zuletzt Modestin sagt. In fr. 1. D. de pign. (20, 4) heißt es:

„Conventio generalis in pignore dando bonorum vel „postea quaesitorum recepta est; in speciem au„tem alienae rei collata conventione, si non fuit „ei, qui pignus dabat, debita, *postea debitori do„minio quaesito*, *difficilius* creditori, qui non „ignoravit alienum, *utilis actio dabitur*, sed faci„lior erit possidenti retentio."

Hier sagt uns Papinian, daß wenn eine fremde Sache vom Schuldner verpfändet, der Gläubiger davon unterrichtet gewesen, daß die Sache eine fremde sei, und der Schuldner

später Eigenthümer des Pfandobjects geworden, es wohl schwer halten dürfte, dem Gläubiger utiliter die Klage eines wahren Pfandgläubigers einzuräumen; allein daas hätte wohl, glaubt er, keine Schwierigkeit, daß der Pfandgläubiger, wenn er im Besitze der Sache sei, das Retentionsrecht ausüben könne.

Wir sehen aus diesen nicht ganz absolut entscheidenden Worten Papinians sehr deutlich, wie schon zu seiner Zeit die Sache zweifelhaft war; ob nicht dann, wenn der Pfandschuldner an dem Pfandobjecte das Eigenthum erlangt habe, der Gläubiger wie ein Pfandgläubiger zu behandeln sei. Papinian erklärte wohl, daß die Billigkeit dem Gläubiger utiliter die Klage des Pfandgläubigers gebe; allein er bezweifelte nur noch, ob diese auch da Statt habe, wo doch der Pfandgläubiger von der fremden Sache wußte? Vergißt man nun nicht, wie die aequitas, welche vom Prätor heilig geachtet wurde, überall dem Gebilde der älteren Zeit, was doch das römische Civilrecht war, nachhalf, und dessen strengeren Normen, welche in ihrer starren Consequenz den späteren Verhältnissen nicht mehr ganz da und dort anpassten, eine jenen gemäßere Richtung gab; so kann es uns nicht nur nicht befremden, sondern muß uns vielmehr sehr natürlich erscheinen, wenn gerade in einem Rechtsverhältnisse, von welchem hier die Rede ist, die aequitas um so mehr eingriff, als es gewiß mehr den natürlichen Ansichten entsprach, den Gläubiger, welchem einmal eine Sache, obgleich eine fremde, verpfändet war, dann wie einen Pfandgläubiger zu behandeln, wenn der Verpfänder, welcher jenen durch die Verpfändung sichern wollte, nun wirklicher Eigenthümer geworden; denn jetzt waren ja alle Bedingungen vorhanden, unter denen gültiger Weise ein Pfand hätte bestellt werden können. So finden wir denn auch wirklich, wie schon Paulus weit bestimmter und allgemeiner, d. h. ohne Bezugnahme darauf, ob der Gläubiger wußte, daß die ihm verpfändete Sache

dem Schuldner gehörte, oder nicht, diesfalls entscheidet wie folgt:

Fr. 41. D. de pign. act. (13, 7.)

„Rem alienam pignori dedisti, deinde dominus „ejus rei esse coepisti; datur *utilis actio pignera*„*titia creditori*“ .....

und noch deutlicher wird es bestätigt in C. 5. C. si aliena res (8, 16.) in den Worten:

„Cum res, quae necdum in bonis debitoris est, „pignori data ab eo, postea in bonis esse incipiat, „*ordinariam* quidem *actionem* super pignore non „competere, manifestum est; sed tamen *aequita*„*tem facere*, ut *facile utilis persecutio exemplo* „*pigneratitiae detur.*“

Hier wird offenbar die Billigkeit dem strengen Civilrechte gegenüber gestellt, und gesagt: dem letzteren gemäß, welches ein für allemal zur vollen Gültigkeit des Pfandrechts voraussetze, daß das Pfandobject zur Zeit der Pfandbestellung in bonis debitoris gewesen sei, könne freilich in unserem Falle dem Gläubiger nicht die ordinaria actio gegeben werden. Allein es wäre denn doch der Billigkeit gemäß, über diese steife Form dann hinwegzusehen, wenn der Schuldner das Eigenthum erlangt habe; und deßhalb hätte es wohl auch keine Schwierigkeit, dem Gläubiger nach dem Beispiele der, dem wahren Pfandgläubiger zukommenden, Klage auch eine Klage zur Verfolgung seines Rechtes zu geben, d. h. die utilis actio pigneratitia, oder, was gleichbedeutend ist, die utilis persecutio exemplo pigneratitiae.

§. 6.

Nur darüber streitet man noch, ob auch alsdann dem Gläubiger die utilis pigneratitia actio zu gestatten sei, wenn der Eigenthümer des Pfandobjects Erbe des Verpfänders werde. Das fr. 41. D. de pign. act. (13, 7.) und

fr. 22. D. de pign. (20, 1.) scheinen sich zu widersprechen. Ersteres lautet wie folgt:

„Rem alienam pignori dedisti, deinde dominus „ejus rei esse cepisti; datur utilis actio pignera-„titia creditori. Non est idem dicendum, si ego „Titii, qui rem meam obligaverat, sine mea vo-„luntate, heres exstitero: hoc enim modo pignoris „persecutio concedenda non est creditori; neque „utique sufficit *ad competendam utilem pigne-„ratitiam actionem*, eundem esse dominum, qui „etiam pecuniam debet. Sed si convenisset de „pignore, ut ex suo mendacio arguatur, improbe „resistit, quominus utilis actio moveatur."

Dagegen sagt Modestin in fr. 22. cit.:

„Si Titio, qui rem meam ignorante me creditori „suo pignori obligaverit, heres exstitero; ex post „facto pignus quidem *directo* non convalescit, sed „*utilis pigneratitia dabitur creditori.*"

Manche Juristen glaubten nun den Widerspruch dieser beiden Stellen lösen zu können und zwar a) bald dadurch, daß sie in beiden Stellen die Entscheidung verschiedener Fälle annehmen, und den in fr. 41. cit. vorkommenden Worten: „sine mea voluntate," so wie jener im fr. 22. cit.: „ignorante me" einen verschiedenen Sinn unterlegten; b) bald dadurch, daß sie das fr. 41. cit. von einer actio hypothecaria, das fr. 22. cit. dagegen von einer, aus dem Pfandcontracte entspringenden, actio pigneratitia reden ließen. Andere Juristen hielten den Widerspruch der beiden genannten Stellen für unauflöslich, und streiten sich nur darüber, welche von beiden den Vorzug verdienen? Dabei soll denn bald fr. 41. cit. den Vorzug erhalten, weil es der Rechtsanalogie am meisten entspräche, bald das fr. 22. cit., weil es das neuere Recht enthalte [17]).

---

17) Ueber die weiteren Ausführungen dieser verschiedenen Meinungen

In neuester Zeit glaubt nun Herr Mayer [18]) durch Conjecturalkritik die beiden Stellen vereinigen zu können. Allein abgesehen davon, daß diese Conjecturalkritik, für sich betrachtet, schon darum etwas gezwungen erscheinen dürfte, weil Herr Mayer die, den Vordersatz mit dem Nachsatze verbindenden Worte: „hoc enim modo“ durch Umwandlung des „hoc“ in „haec“ trennte, und „modo“ mit „pignoris“ verbindet, während doch hier offenbar von der pignoris persecutio die Rede ist, was schon auf den Zusammenhang dieser Worte deutlich hinweisen dürfte; so ließe sich wohl am ersten der, schon von Cujaz [19]) und Anderen [20]) bezeichnete Weg, nämlich die historische Erklärung unserer beiden Stellen vorzuziehen, darum befolgen, weil dafür sowohl der ganze innere Zusammenhang, als auch der Gang der Ausbildung des römischen Rechts und der allerdings nicht gleichgültige Umstand spricht, daß manches, was für uns nur historischen Werth hat, in die Justinianische Compilation aufgenommen wurde, weßhalb wir denn solche Stellen nicht als im Widerspruche stehend mit den das neuere Recht enthaltenden Gesetzen betrachten, letztere vielmehr durch die ersteren näher erläutern müssen. Demnach müßten wir auch dem von Modestin herrührenden das neuere, mildere Recht enthaltenden Fragmente den Vorzug geben, und dem Gläubiger auch dann, wenn ihm vom Nichteigenthümer verpfändet worden, der Eigenthümer aber Erbe des Verpfänders wird, ebenso eine utilis pigneratitia actio einräumen, wie in dem Falle, wenn der Verpfänder später Eigenthümer des Pfandobjects wird.

Somit zeigt sich dann ein, beinahe ganz parallel lau-

---

und deren Prüfung vergl. Glück Pand. Comment. Bd. XIV. §. 863.

18) A. a. O.

19) Obs. XIX, 26.

20) Vergl. *Walch* ad *Ekhard* Hermeneut. jur. I, 1. §. 43. p. 36.

fendes, Verhältniß bei der Verpfändung und Veräusserung durch den non dominus. So wenig nun der Erwerber von non dominus sich, zur Durchfechtung der actio Publiciana, der exceptio doli specialis zu bedienen braucht, eben so wenig wird diese für den, welchem vom Nichteigenthümer verpfändet worden, zur Geltendmachung seiner actio pigneratitia utilis und resp. utilis pignoris persecutio nothwendig. Ja, es dürfte sich vielleicht durch eine nähere Berücksichtigung der Darstellung des Herrn Mayer ergeben, daß sich selbst in den von ihm aufgestellten Fällen nicht einmal von einer exceptio und resp. replica doli reden ließe.

§. 7.

Mayer stellt folgende Fälle auf:

I) Wenn eine fremde Sache verpfändet worden, der Verpfänder später das Eigenthum derselben erworben hatte, und

A) der Pfandgläubiger gegen den Verpfänder streitet;

bringe hier der Pfandberechtige die Klage vor, und der Verpfänder setze ihm die Einrede entgegen: „si res non aliena fuerit“; er habe mithin gar kein Pfandrecht; so replicire der Pfandberechtigte darauf: „si non tua sit“, und es läge demnach etwas Doloses darin, daß ihm die Sache vorenthalten werde. Hieraus zeige sich aber schon, daß nur der Pfandberechtigte in gutem Glauben sein Pfandrecht durch die replica doli aufrecht erhalten könne. Nach dem Grundsatze nämlich, daß sich Dolus gegen Dolus insofern ausgleiche, als der Kläger, seines eigenen Dolus wegen, gegen den dolosen Beklagten im Nachtheil bleibe, und der exceptio doli nicht wieder eine solche entgegenstellen dürfe, werde sonst der Pfandberechtigte, welchem eine ihm als fremd bekannte Sache verpfändet worden, durchaus rettungslos geschlagen, durch die Einrede des Beklagten: „si non res aliena te sciente pignori data sit.“ Hier nämlich dürfe

der Kläger keine replica doli mehr entgegenstellen. Aber eben daraus erkläre sich auch, wie alsdann, wenn der Fall sich umgekehrt gestalte, und der Pfandschuldner gegen den besitzenden Pfandgläubiger klage, das Resultat ein umgekehrtes sei. Klage nämlich der Verpfänder aus seinem Eigenthum; so halte ihm der Pfandberechtigte die exceptio doli entgegen, wider welche keine replica doli mehr gedacht werden könne.

Wie viel diesem Raisonnement entgegenstehe, möchte durch Folgendes näher beleuchtet werden.

Ohne nur vorerst auf das bereits oben §. 2. Bemerkte zu recurriren, nach welchem der Einwand „ei res non aliena fuerit“ keine wahre Einrede, sondern nur ein Läugnen des Klagefundaments ist, und daher von keiner replica hierauf die Rede seyn kann, so ist das sonst Gesagte doch ungegründet, und steht mit dem Grundprincipe, von welchem Herr Mayer ausging, im Widerspruche. Er sagt die aequitas sei das Fundament der exceptio doli, vermittelst welcher die dem Pfandgläubiger zukommende Klage durchgesetzt werden müsse. Hiermit kann aber nur die, keineswegs eine eigenthümliche Natur behauptende, exceptio doli *generalis* gemeint seyn [21]; da die hiervon ganz verschiedene exceptio doli specialis sich auf eine calliditas, fallacia ad circumveniendum et decipiendum alterum adhibita gründet [22], und nur sie darum die replica doli ausschließt, weil, wie das Gesetz sagt, iniquum est, communem malitiam petitori quidem praemio esse, ei vero, cum quo ageretur, poenae esse [23]. Wenn nun Mayer in der Anwendung

21) Et generaliter sciendum est, *ex omnibus in factum exceptionibus* doli oriri exceptionem: quia dolo facit, quicunque id, quod quaque exceptione elidi potest, petit..., Fr. 2. §. 5. D. de dol. mal. et met. except. (44, 4). Thibaut P. Syst. §. 1008. Note *s*.

22) Fr. 1. §. 2. D. de dolo malo (4, 3).

23) Fr. 4. §. 13. D. eod.

auf die exceptio doli specialis kömmt, und diese als das Mittel zur Durchfechtung der dinglichen Klage aufstellt; so ist kein Grund mehr abzusehen, was die aequitas hier sollte, auf welche er doch die ganze Verfolgung stützte? —

Aber auch noch abgesehen hiervon, so liegt nicht einmal ein Dolus im wahren Sinne vor. Wie sollte wohl das Bewußtsein des Pfandgläubigers, daß die ihm verpfändete Sache eine fremde sei, als eigentlicher Dolus betrachtet werden können? Wer würde dadurch hintergangen? Wem würde dadurch geschadet? Dritte können hierdurch nicht hintergangen, durch die Verpfändung benachtheiligt werden; und der Gläubiger, welcher sich eine fremde Sache verpfänden ließ, insoferne aber selbst nur seine Foderung eine schwache Sicherheit verschaffte, handelt doch wohl schwerlich dolos, wenn er den Besitz der ihm verpfändeten, wenn gleich nicht dem Verpfänder angehörigen, Sache, von diesem, als Besitzer, verlangt! [24])

Will man nun den Fall umgekehrt betrachten, in dem der Pfandschuldner, da er jetzt das Eigenthum erworben, gegen den besitzenden Pfandgläubiger klagend auftritt, um ihm das Pfandobject zu entreißen; so ist nicht mehr von der Geltendmachung der actio pigneratitia utilis die Rede, sondern davon, ob der Pfandgläubiger sich im Besitze seines Pfandes erhalten und behaupten könnte; und hier ist er ebenso durch Einreden geschützt, wie der, welcher vom Nichteigenthümer erworben, durch die exceptio rei venditae et traditae, wenn er von jenem, nachdem er später Eigenthümer geworden, dennoch, während er die Veräußerung gegen sich gelten lassen muß, belangt wird. Die exceptio rei venditae et traditae wird aber wohl niemand für eine exceptio doli *specialis* halten wollen?

---

24) Vergl. Schrader a. a. O.

§. 8.

B) Wenn der Pfandberechtigte gegen einen Dritten klagt, und zwar

a) gegen einen solchen, dem der Verpfänder die zur Zeit, als sie noch einem Anderen zustand, verpfändete Sache übertrug, nachdem er das Eigenthum an derselben bereits erlangt hatte.

Hier, glaubt Mayer, werde der Dolus, welcher von Seiten des Verpfänders schon dadurch sich zeige, daß er eine fremde Sache verpfände, jetzt darum gedoppelt, weil er eine schon verpfändete Sache auch noch auf einen anderen übertrage. Dessenohngeachtet könne der Pfandberechtigte doch nur dann gegen den dritten Besitzer des Pfandes durchsetzen, wenn dieser, da ihn, als singulären Nachfolger, nicht der Dolus seines Vorgängers treffe, sich selbst dadurch eines Dolus schuldig mache, indem er, wohlwissend, daß die Sache eine fremde war, dennoch dieselbe an sich gebracht habe. Dieses Wissen um die frühere Verpfändung berechtige den Pfandgläubiger, auch dem dritten Erwerber auf die Einrede: „si non res aliena fuerit“ zu erwiedern, die Sache sei mit dem Bewußtsein, daß sie einem Anderen verpfändet gewesen, erworben worden, sonach vermöge eine replica doli sein Pfandrecht durchzufechten.

Indessen darin, daß der Verpfänder die Sache noch einmal veräußert, liegt noch gar kein Dolus im eigentlichen Sinne. Der Verpfänder kann durch nachfolgende Veräußerung den Pfandgläubiger nicht hintergehen, weil er ihm nicht das Pfandrecht hierdurch entziehen kann, vielmehr der Pfandgläubiger gegen jeden Dritten sein Pfandrecht geltend zu machen im Stande ist. Ueberdies konnte ja der Debitor bei der Veräußerung die redlichste Absicht haben, indem er z. B. aus dem erlößten Kaufpreis den Gläubiger zu befriedigen beabsichtigte. — Noch weit weniger ist aber ein Dolus von Seiten des neuen Erwerbers zu finden; denn wäre dieses,

so müßte er ja durch diesen seinen Erwerb dem Gläubiger um sein Pfand bringen wollen. Daß dieß aber unmöglich, und niemand mehr als der Erwerber selbst betrogen wäre, geht schon aus dem vorhin Gesagten zur Genüge hervor. Also auch angenommen, was bereits hinlänglich widerlegt worden, der Einwand „si res non aliena fuerit“ sei eine Exception im eigentlichen Sinne des Worts; so wäre doch eine Replik, welche sich auf einen wahren Dolus stützen soll, ganz unbegründet.

§. 9.

b) gegen einen späteren Pfandberechtigten, und zwar

α) gegen einen solchen, welchem die Sache verpfändet worden zur Zeit, wo der Pfandschuldner schon Eigenthum an der Sache erworben hatte.

In diesem Falle, sagt Mayer, müsse der spätere Pfandgläubiger darum dem früheren weichen, weil er sich auch exceptiones et replicae doli müßte gefallen laßen, welche dem Verpfänder hätten entgegengesetzt werden können, da hier das Gesetz Anwendung leide, nach welchem res ad eum, qui dolo fecit, reversura est.

Allein wo kein Dolus des Verpfänders ist, wie nach dem Bisherigen gezeigt worden, dort braucht sich auch der spätere Pfandgläubiger nicht die fraglichen exceptiones und replicae doli gefallen zu lassen. Hierin kann demnach auch nicht der Grund liegen, warum der spätere dem früheren Pfandgläubiger weichen muß. Vielmehr ist er, meiner Meinung nach, darin zu suchen, daß der Gläubiger, welchem eine fremde Sache verpfändet wurde, und deßfalls, weil der Verpfänder hinterdrein das Eigenthum an dem Pfandobjecte erlangte, als Pfandgläubiger galt, vor dem Beklagten ein Pfandrecht ertheilte, und zwischen mehreren Gläubigern, wenn keine anderen Vorzüge vorher entscheiden, das Alter den Vorrang bestimmt.

§. 10.

β) Gegen einen solchen, der sein Pfandrecht selbst zu einer Zeit erwarb, wo der Verpfänder noch nicht Eigenthümer war.

Hier soll, nach Mayer's Meinung, die Ursache, warum der spätere Pfandgläubiger nachstehe, blos darin sich finden, daß dieser insofern dolose handle, als er das Pfandrecht des Früheren bestreite, er selbst aber ein solches zu haben behaupte, während doch beide Pfandrechte von einem Nichteigenthümer bestellt werden.

Allein auch dieser Meinung kann ich nicht beipflichten, weil hier, wo es sich vom Vorrange der Gläubiger handelt, der eine Gläubiger dem andern nicht das Pfandrecht selbst bestreitet. In der Geltendmachung des vermeintlichen besseren Rechtes liegt aber an sich noch kein Dolus. Letzterer kann demnach hier nicht das entscheidende Moment werden. Vielmehr muß der Vorrang des älteren vor dem jüngeren sich dadurch rechtfertigen lassen, daß, so wie die Gläubiger, denen von einem und dem nämlichen Nichteigenthümer verpfändet worden, als Gläubiger behandelt werden, auf sie auch die Grundsätze hinsichtlich des Vorrangs nach dem Alter, wie unter wahren Pfandgläubigern, zur Anwendung kommen, was auch deutlich in einem Gesetze [25]) durch die Worte bestimmt ist:

„si non dominus duobus eandem rem diversis tem-
„poribus pignoraverit, prior potior est ...."

§. 11.

Zuletzt sucht Mayer seine Ansicht noch förmlich zu begründen durch den Inhalt des schon vielmals zur Sprache gekommenen fr. 9. §. 3. D. qui potior. in pign. (20, 4):

„Titia praedium alienum Titio pignori dedit, post

---

25) Fr. 14. D. qui potiores in pign. (20, 4).

„Moevio: deinde domina ejus pignoris facta, ma„rito suo in dotem dedit. Ti Titio soluta sit pe„cunia, non ideo magis Moevii pignus convales„cere placebat. *Tunc enim, priore dimisso, se„quentis confirmatur pignus, cum res in bonis „debitoris inveniatur:* in praeposito autem mari„tus emtoris loco est; atque ideo, quia nec tunc, „cum Moevio obligaretur, neque cum Titio solve„retur, in bonis mulieris fruit, *nullum tempus „inveniri,* quo pignus Moevii convalescere posset. „Haec tamen ita, in bona fide aestimatum prae„dium maritus accepit, idest, si ignoravit, Moe„vio obligatum esse.“

Allein diese Stelle, welche von Afrikanus herrührt, muß nach dem Rechte der Zeit betrachtet werden, aus welcher dieselbe sich datirt. Alsdann wird man diese gewiß erklärlich finden, so sonderlich sie auch sonst von manchen Rechtslehrern gehalten wurde [26]. Es wird sich aber auch ergeben, wie wenig Mayer aus ihr für die Geltendmachung des Pfandrechts nach heutigem Rechte ableiten durfte.

Nicht aus dem Momente des Dolus, sondern von dem historisch-wichtigen Gesichtspunkte aus, muß unsere Stelle erklärt werden, daß es, wie schon einmal oben (Aufsatz II.) bemerkt wurde, bei der älteren Verpfändungsweise der Römer, bei der mancipatio sub fiducia und dem pignus, sich gar nicht denken ließe, wie zweien zu gleicher Zeit eine und die nämliche Sache sollte verpfändet seyn. Ja es wurde vielmehr gesetzlich bestimmt, daß der zweite Gläubiger nur erst unter der stillschweigenden Bedingung ein Pfandrecht an der bereits verpfändeten Sache erlangen sollte, wenn der erste befriedigt wäre. So war es, wenn der wirkliche Eigenthümer verpfändete. Bestellte nun ein non dominus Pfandrechte, so mußten nothwendig zur Zeit des Eintritts der Be-

26) Siehe Gesterding vom Pfandrecht S. 70.

dingung die Sachen in bonis des Verpfänders seyn, wenn der zweite Gläubiger ein gültiges und wirksames Pfandrecht erhalten sollte.

Wenden wir diese Sätze auf unsere Stelle an; so konnte das Pfandrecht des Moevius nur dann erst wirksam werden, wenn die Bedingung existirte, d. h. Titius befriedigt war. Da nun Titia ursprünglich als Nichteigenthümer verpfändete; so mußte sie auch noch zur Zeit des Eintritts jener Bedingung das verpfändete Object in bonis haben. Dies war aber in concreto nicht der Fall; somit blieb eben die Verpfändung der Sache an Moevius immer eine Verpfändung einer fremden Sache.

Sowie nun Moevius sich in einer sehr mißlichen Lage befand, welche nur dadurch herbeigeführt wurde, daß die Titia das später erworbene Pfandobject ihrem Ehemanne zur Dos ästimirt übergeben hatte; ebenso konnte es jedem späteren Gläubiger ergehn, wenn der Schuldner nach Verpfändung einer fremden Sache und darauf erfolgten Erwerb derselben, vor Befriedigung des früheren Gläubigers dieselbe wieder veräußerte. Hierdurch verhinderte er, daß das Pfandrecht des späteren Pfandgläubigers Wirksamkeit erlange. Der Gläubiger hatte kein Mittel gegen dritte Besitzer des Pfandobjects aufzutreten, und der dritte Erwerber war gesichert. Allein dann, wenn er selbst in mala fide war, und zur Hintergehung des Creditors mit dem Debitor colludirte, konnte diesem der Dolus schaden. Darauf deuten die Worte unserer Stelle hin: si *bona fide* in dotum aestimatum praedium maritus accepit, id est, si ignoravit, Moevio obligatam esse.

Daß nun die Gestaltung eines solchen Verhältnisses nicht mehr denkbar sein, nach unserem heutigen Rechte, gemäß welchem mehreren gleichzeitig eine Sache verpfändet und beide Pfandrechte nebeneinander wirksam sind, insofern auch dem nachstehenden Pfandgläubiger die Pfandklage gegen Dritte und alle schwächeren Pfandgläubiger zusteht, bedarf

keiner weiteren Ausführung, da hiernach dem, wenn Mehrere von einem Nichteigenthümer eine Sache verpfändet, und der Verpfänder später einmal Eigenthümer des Pfandobjects geworden, sogleich die mehreren Gläubiger auch nebeneinander als Pfandgläubiger behandelt werden, und eine nachmalige Veräußerung des Pfandobjects von Seiten des Verpfänders den nachstehenden Pfandgläubiger nicht benachtheiligen kann. — Hieraus erhellt aber auch zugleich, daß das fr. 9. §. 3. cit. nur noch historischen Werth hat und auf unsere heutige Pfandrechtsverhältnisse unanwendbar geworden ist.

Wollte man das fr. 9. cit. aber demohngeachtet noch für anwendbar erklären; so würde sich doch daraus noch nicht folgern lassen, daß die utilis pignoris persecutio eine Verfolgung des Pfandrechts seye, welche vermittelst der exceptio doli wirksam werde.

§. 12.

Nach Beantwortung und Erörterung der bis hierhin aufgestellten Fälle geht Mayer

II) zu dem über, in welchem der Eigenthümer des verpfändeten Objects Erbe des Verpfänders wird.

Auch hier erkennt Mayer wieder in der exceptio doli das Hauptschutzmittel. Er sagt: derjenige, welcher eine fremde Sache verpfände, bleibe durch das judicium contrarium dem Pfandgläubiger verpflichtet, und diese Verpflichtung gehe ohne Zweifel auf die Erben über. Werde der Eigenthümer Erbe des Pfandschuldners; so sei er durch das judicium contrarium gebunden, und vermöge dessen, daß er Eigenthümer sei, wäre auch utiliter die Pfandklage begründet. Eins oder das andere müsse er nun gegen sich gelten lassen, widrigenfalls er dolose handle, und ihm ebenso eine exceptio doli entgegengesetzt werden könne, wie demjenigen, welcher als Erbe eines solchen, der als Nichteigenthümer

eine Sache verkaufte, vermöge des Eigenthumsrechtes diese veräußerte Sache vindiciren wollte, während er doch die Veräußerung gegen sich gelten lassen mußte. Diesem stehe nämlich die exceptio rei venditae et traditae entgegen, welche ebenfalls eine exceptio doli sei.

Gegen dieses Raisonnement ist wenigstens anzuführen, daß die besondere Rücksicht auf das judicium contrarium nicht zur Unterstützung einer allgemeinen Regel dienen kann, und die exceptio rei venditae et traditae zwar allerdings auch, wie schon einmal oben gelegenheitlich bemerkt wurde, exceptio doli genannt werden kann; dann aber doch immer nur eine exceptio doli *generalis* ist, welche keine replica doli ausschließt.

XVI.

Noch ein Paar Worte über civilis computatio.

Von Löhr.

Ein Tag besteht aus 24 Stunden, ein Jahr aus 365 Tagen. Der letzte Tag beginnt, wenn der 364ste verflossen ist, das Jahr ist abgelaufen, wenn der 366ste Tag beginnt. Hiernach wird eine Begebenheit, die den ersten Januar 1828 des Abends um 6 Uhr stattgefunden hat, den 1sten Januar 1829 des Abends um 6 Uhr jährig. Der letzte Tag dieses Jahres fängt an den 31sten December 1828 Abends um 6 Uhr und endigt den folgenden Tag um dieselbe Zeit. Dieser letzte Tag gehört sonach zwey Kalendertagen an, dem 31sten December und dem 1sten Januar; in den zuletzt genannten fällt zugleich der Anfang des zweiten Jahres.

Das bisher Angegebene ist völlig klar: dagegen ist es eine große Frage, wie nach Römischem Rechte ein Jahr berechnet werde? Lauft es, um die Sache kurz in dem an-